

**Recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs de la Communauté française pour la
gestion des marchés publics
Marchés lancés à partir du 30.06.2017**

Les mesures prises par le Conseil national de sécurité ont un impact sur la passation et l'exécution de certains marchés publics.

Certains prestataires rencontrent d'ailleurs des difficultés d'approvisionnement, de sous-traitance, ...

Dans la pratique, ces circonstances particulières se traduisent par des difficultés dans la remise des offres dues à l'impossibilité de fixer les prix et/ou dans le respect des délais d'exécution.

Chaque marché ayant ses propres particularités, les différentes situations rencontrées devront être analysées au cas par cas et ce en tenant compte notamment de la nécessité de la continuité du service public.

Au vu de ces particularités distinctes, il n'est pas possible de fixer une même application pour tous les marchés de manière globale.

Dans tous les cas, une **concertation préalable** devra avoir lieu avec les adjudicataires avant toute prise de mesures modifiant les conditions de départ d'un marché.

Ci-dessous, vous trouverez donc **des recommandations à appliquer selon les circonstances propres à chaque marché**. Il convient donc de procéder à une **analyse au cas par cas** avant leur application.

I. Règlements applicables

- La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics
- L'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques
- La loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession
- L'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession
- L'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (ci-après « RGE »)
- La loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions
- L'arrêté ministériel du 23 mars 2019 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, qui prescrit les mesures de confinement
- L'arrêté ministériel du 23 mars 2020 ministériel portant des mesures particulières dans le cadre la pandémie de SRAS-CoV-2 basées sur le livre XVIII du Code de droit économique, qui restreint certaines ventes, en particulier de masques, gants ou produits à base d'alcool.

II. Passation

1) Pour les marchés à lancer :

Dans un premier temps, il s'agit d'évaluer l'**opportunité** de lancer un marché **au cas par cas**.

a) La prospection

Dans le cadre de la prospection du marché [phase préparatoire d'un marché public], il convient de **prendre contact avec les opérateurs économiques concernés par l'objet du marché** pour avoir connaissance des difficultés qu'ils pourraient rencontrer en termes de :

- **Remise des offres** : difficulté à établir leurs prix, disponibilité du personnel pour rédiger l'offre, la valider, la signer électroniquement, négocier, apporter des compléments d'information, techniques, difficulté d'obtenir certaines attestations ; possibilité d'obtenir un nombre suffisant d'offres compte tenu du nombre de soumissionnaires potentiellement intéressés par le marché, etc.
- **Exécution du marché** : difficultés d'approvisionnement, de mobilisation du personnel en raison des mesures de confinement, personnel malade, allongement des délais, etc.

Pour rappel, les **consultations préalables du marché sont possibles à condition qu'elles n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et d'entraîner une violation des principes de non-discrimination et de transparence¹**.

En pratique, vous pouvez, par exemple, procéder à cette **consultation à partir de** la plateforme électronique **eProcurement**, en consultant les cartes de visite des entreprises inscrites, ou encore en prenant **contact avec plusieurs entreprises** dont le code NACE correspond à votre besoin. Veillez à conserver des traces écrites des contacts pris, permettant d'établir le respect du principe d'égalité.

Sur base de ces consultations, deux hypothèses peuvent être rencontrées :

1. **Un nombre suffisant de soumissionnaires potentiels sont en mesure de remettre offre et d'exécuter le marché**, (que le besoin soit immédiat ou non).

Le caractère « **suffisant** » du nombre de soumissionnaires doit être apprécié, au cas par cas, au regard du nombre d'opérateurs économiques potentiellement intéressés par l'objet du marché et dans le but d'assurer le respect des principes généraux de concurrence, d'égalité et de non-discrimination.

Dans ce cas, le marché peut être lancé, et afin de ne pas ralentir plus que nécessaire l'activité économique, il est recommandé de le faire.

¹ Art. 51, al. 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

2. **La plupart des soumissionnaires potentiels ne sont pas en mesure de remettre offre.**

Dans ce cas, le dossier relatif au lancement du marché sera finalisé dans l'attente de lancer le marché.

Ces consultations devraient également permettre aux opérateurs économiques **d'avertir le pouvoir adjudicateur sur les éléments qui pourraient représenter des obstacles à l'exécution du marché** telle qu'envisagée **et limiter ainsi le nombre de réserves** qui pourraient être formulées dans les offres (ce qui aurait potentiellement pour conséquence de les rendre irrégulières).

Les éléments ainsi recueillis permettront également **d'intégrer des clauses de réexamen**, adaptées aux circonstances propres de chaque marché, au sein du cahier des charges. Ces clauses de réexamen permettront ensuite de gérer les difficultés qui pourraient survenir en cours d'exécution du marché.

b) Choisir la procédure : cas particulier – la procédure négociée sans publication préalable motivée par l'urgence impérieuse

Il convient d'examiner la possibilité de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour urgence impérieuse².

Les **conditions cumulatives** suivantes doivent alors être rencontrées :

1. Existence d'une urgence impérieuse	Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables au pouvoir adjudicateur . Il ne s'agit donc pas d'utiliser cette procédure si l'urgence est due à un défaut d'organisation émanant du pouvoir adjudicateur. Par contre, dans l'hypothèse où il n'est pas possible de prolonger ou reconduire un marché en raison de la crise actuelle et que cela met en péril la continuité du service public, la condition d'urgence pourrait être rencontrée. En outre, le pouvoir adjudicateur doit démontrer que les autres procédures , mêmes avec des délais réduits, ne peuvent pas être utilisées (cf. point II.1.c).
2. Existence d'un événement imprévisible pour le pouvoir adjudicateur.	Par exemple, une catastrophe naturelle (la foudre s'abat sur le toit d'un bâtiment et il en résulte un trou béant qui doit être réparé).
3. L'urgence impérieuse résulte de l'événement imprévisible	A cet égard, plus la date de l'événement imprévisible s'éloigne, moins la nécessité de réaliser les prestations présente le caractère

² Art. 42, §1er, 1°, b de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

	d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles
4. Si possible, après consultation de plusieurs opérateurs économiques	Respect du principe de concurrence.
5. Dans la mesure strictement nécessaire	Il ne s'agit pas de profiter de la réparation de la toiture, pour réaliser d'autres travaux qui ne sont pas devenus nécessaires suite à l'événement imprévisible (dans l'exemple : la foudre).

Pour rappel, une **décision formellement motivée**, reprenant les motifs en droit et en fait, qui permettent le recours à la procédure négociée sans publication préalable doit être adoptée par le pouvoir adjudicateur³.

Comme il s'agit d'une procédure exceptionnelle, le recours à la procédure négociée sans publication préalable (urgence impérieuse) se justifie, par exemple, pour les marchés publics absolument indispensables pour satisfaire des besoins immédiats (par exemple, achats de matériel médical) et liés directement à la crise du covid-19.

Pour l'utilisation de cette procédure dans le cadre de la crise du covid-19, vous pouvez également vous référer à la Communication de la Commission européenne, « Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise du COVID-19 (2020/C 108 I/01) » du 1^{er} avril 2020.

c) Choisir la procédure : possibilité de réduire les délais

Si l'ensemble des conditions permettant de recourir à la procédure négociée sans publication préalable motivée par l'urgence impérieuse ne sont pas rencontrées, il est toutefois possible de tenir compte d'un degré d'urgence, dans le cadre des autres procédures de marché public.

Dans le cas d'une **urgence dûment motivée** par le pouvoir adjudicateur, qui rend impossible l'application des délais en vigueur dans des circonstances normales, il est possible de réduire les délais afin d'accélérer les procédures ouverte⁴ et restreinte⁵, concurrentielle avec négociation⁶ et négociée directe avec publication préalable⁷ :

Procédure	Délais normaux minimaux	Délais réduits minimaux
Procédure ouverte	35 jours	15 jours

³ Art. 4, 1° et 29 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions

⁴ Art. 36, §3 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

⁵ Art. 37, §4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

⁶ Art. 38, §3, al. 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

⁷ Art. 41, §2, al. 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

Procédure restreinte + procédure concurrentielle avec négociation (étape 1: demande de participation)	30 jours	15 jours
Procédure restreinte + procédure concurrentielle avec négociation (étape 2: soumission de l'offre)	30 jours	10 jours
Procédure négociée directe avec publication préalable	22 jours	10 jours

Pour la procédure négociée sans publication préalable, le délai de dépôt des offres est laissé à l'appréciation du pouvoir adjudicateur qui, pour le fixer, tient compte de la complexité du marché et des principes généraux des marchés publics (concurrence, ...) visés notamment à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016.

Néanmoins, il convient de vérifier que le délai ainsi réduit permettra aux opérateurs économiques de préparer leur offre afin de s'assurer d'une réponse. Cette réduction des délais est donc à utiliser avec prudence et discernement.

d) Rédaction de cahiers des charges en cours:

Il y a lieu, notamment, de :

1. Prévoir un délai de **validité des offres** suffisant compte tenu de la crise sanitaire actuelle ;
2. Pour les marchés de travaux : prévoir une dérogation à l'article 76, §2 RGE afin de permettre l'allongement du délai endéans lequel la **date de commencement des travaux** doit être fixée ;
3. Prévoir une **clause de réexamen** relative à la suspension de l'exécution du marché⁸ pour permettre au pouvoir adjudicateur de suspendre l'exécution du marché pendant une période déterminée sans droit à indemnisation de l'adjudicataire ;
4. Prévoir la remise **d'offres électroniques** :

Pour rappel, depuis le 1^{er} janvier 2020, l'utilisation des moyens électroniques pour les communications et échanges d'informations entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques, en ce compris pour le dépôt des offres, est **obligatoire pour les marchés publics soumis tant à la publicité européenne qu'à la publicité belge** (montant estimé inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne)⁹.

Certaines **exceptions** restent prévues :

- Marchés de faible montant (montant estimé inférieur à 30.000 € HTVA) ;

⁸ Art. 38/12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

⁹ Le seuil de publicité européenne est de 5.350.000 euros HTVA pour les marchés publics de travaux et de 214.000 euros pour les marchés publics de services et de fournitures (Art. 11 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques)

- Procédure négociée sans publication préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne ;
- Exceptions spécifiques visées à l'article 14 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (par exemple, présentation de maquettes ou modèles, etc.).

Dans le cadre de ces exceptions, il est néanmoins préconisé d'utiliser uniquement les moyens électroniques pour permettre le dépôt des offres : l'utilisation de la plateforme électronique **e-Procurement est possible en utilisant le formulaire F50**. À défaut, pour ces procédures, il est recommandé de solliciter la remise des offres par **courriels** (sans toutefois exiger que le courriel soit revêtu d'une signature électronique qualifiée ainsi, une version scannée des documents papiers, signés sera recevable).

2) Pour les marchés déjà lancés :

Le marché est considéré comme « lancé » soit s'il a fait l'objet d'une publication officielle sur la plateforme électronique e-Procurement, soit si les consultations des soumissionnaires ont été envoyées.

a) Les candidatures/offres n'ont pas encore été remises

1. Il convient d'envisager la nécessité de **prolonger le délai de remise** des candidatures/offres, d'une durée suffisante pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou déposer leur offre dans des conditions satisfaisantes.

Pour cela, il convient de procéder à la publication d'un avis rectificatif ou à l'envoi d'un courriel à l'ensemble des opérateurs économiques consultés (selon la procédure suivie) avant la date et l'heure limite initialement prévues.

2. Il convient également d'envisager un **report des visites des lieux obligatoires et facultatives**, prévues par les documents du marché, si le respect des mesures prévues par l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant les mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 ne peut pas être garanti.

Les visites des lieux facultatives pourront être annulées.

Pour cela, il convient de modifier les documents du marché qui y font référence puis de procéder à la publication d'un avis rectificatif ou à l'envoi d'un courriel à l'ensemble des opérateurs économiques consultés (selon la procédure suivie) avant la date et l'heure limite initialement prévues.

3. Si une **remise d'offre « papier »** est prévue : il convient de vérifier si la réception des offres, est possible telle qu'elle a été modalisée initialement, à l'adresse et selon l'horaire annoncé.

À défaut, le pouvoir adjudicateur procède à une modification des documents du marché puis à la publication d'un avis rectificatif ou à l'envoi d'un courriel à l'ensemble des

opérateurs économiques consultés, (selon la procédure suivie) avant la date et l'heure limite initialement prévues.

4. **Renoncer au marché** : il est toujours possible de renoncer à attribuer le marché¹⁰. Par exemple, si la visite des lieux, rendue obligatoire par le cahier des charges, est impossible à organiser ou que des documents particuliers devaient être consultés sur place par les soumissionnaires mais que le respect des mesures de sécurité ne peut pas être garanti, mais également si le délai de remise des offres n'a pas été prolongé dans les temps et que le pouvoir adjudicateur n'en a pas reçu suffisamment (cf. point II.2.a.1), si le report des visites lieux obligatoires n'a pas été formalisé avant la date et l'heure limite de remise des offres et qu'elles n'ont pas eu lieu (cf. point II.2.a.2), si la remise d'offre papier n'était plus possible telle que modalisée mais que les modifications n'ont pas été signalées avant la date et l'heure limites de remise des offres (cf. point II.2.a.3), etc.

Pour cela, une **décision formellement motivée**, reprenant les motifs en droit et en fait, devra être rédigée¹¹.

b) Les candidatures/offres ont été réceptionnées

1. Il convient d'envisager la nécessité de **prolonger le délai de validité** des offres

Pour cela, il convient d'envoyer une demande écrite (par exemple, un courriel) aux soumissionnaires les invitant à prolonger le délai de validité de leur offre pour une durée à préciser dans la demande.

Il convient de formuler cette demande, avant que le délai de validité des offres, prévu par les documents du marché (à défaut, les offres sont valables 90 jours calendriers), ne soit expiré¹².

Si le délai de validité de l'offre est dépassé, il est tout de même possible de demander aux soumissionnaires de le prolonger mais ils auront alors la possibilité soit, de refuser, soit de modifier leurs offres (à condition de motiver les modifications par des circonstances survenues postérieurement à la date et l'heure limites de remise des offres)¹³.

2. **Retrait** de son offre par un soumissionnaire

Les soumissionnaires ayant préalablement déposés une offre peuvent la retirer et en déposer une nouvelle, pour autant que ce changement intervienne avant la date et l'heure limites de remise des offres.

¹⁰ Art. 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

¹¹ Art. 4, 9° et 29/1, §1er, 3° de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions

¹² Art. 58 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

¹³ Art. 89 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

3. Nombre insuffisant d'offres reçues

Dans ce cas, il est possible de renoncer à attribuer le marché¹⁴.

Pour cela, une **décision formellement motivée**, reprenant les motifs en droit et en fait, devra être rédigée¹⁵.

c) Les candidatures/offres sont en cours d'analyse

1. Il convient de prévoir des **délais de réponse raisonnables** pour toute demande adressée aux soumissionnaires (compléments d'information, négociation, etc) afin de garantir le respect des principes d'égalité et de concurrence.
2. Bien qu'il s'agisse d'un motif d'exclusion facultative, il convient, plus particulièrement dans le contexte de la crise sanitaire actuelle, de ne pas attribuer le marché lorsque l'adjudicataire pressenti est en situation de **faillite** ou autre situation analogue visée expressément par la réglementation¹⁶.
3. Dans les procédures négociées, si le cahier des charges modalise l'organisation des négociations et plus particulièrement, prévoit des **négociations physiques**, il convient d'une part, de s'assurer que des soumissionnaires potentiellement intéressés par le marché, ne se sont pas abstenus de remettre offre, en raison de ces modalités. Dans cette hypothèse, il convient de renoncer à attribuer le marché afin de garantir le respect des principes généraux de concurrence et d'égalité. Si aucun manquement à ces principes n'est constaté, il convient d'autoriser, comme alternative à la négociation physique, la négociation en audio/vidéoconférence. En outre, si le principe de la négociation physique est maintenu, il convient de s'assurer du respect des mesures prévues par l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant les mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19.

d) L'attribution du marché a été notifiée à l'adjudicataire mais l'exécution du marché n'a pas encore débuté

Il convient d'envisager le **report du commencement** de l'exécution en concertation avec l'adjudicataire puis d'acter cette modification du marché dans un avenant¹⁷.

¹⁴ Art. 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

¹⁵ Art. 4, 9° et 29/1, §1er, 3° de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions

¹⁶ Art. 69, 2° de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

¹⁷ Art. 76 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

Le report ainsi convenu entre les parties, s'accompagne impérativement d'une renonciation de l'adjudicataire à réclamer des dommages et intérêts qui seraient fondés sur cette décision.

e) Le marché est en cours d'exécution mais arrive à échéance or il est impossible, actuellement, de relancer le marché

1. Reconduction : il est possible de procéder à une reconduction du marché ou d'utiliser un autre mécanisme pour autant que cela soit prévu dans le **cahier des charges**.
2. Prolongation de la durée du marché : il est alors conseillé de prolonger la durée des marchés en tenant compte de la durée de la crise sanitaire, de la reprise des activités des opérateurs économiques mais également de la durée nécessaire à la remise en concurrence du marché.

Cette modification du marché doit être actée par **écrit** et peut être fondée juridiquement, soit :

- sur base de la règle « *de minimis* »¹⁸

Conditions cumulatives à remplir :

1. La prolongation ne peut pas entraîner de modification d'une valeur supérieure au seuil de la publicité européenne ¹⁹
2. La prolongation ne peut pas entraîner de modification d'une valeur supérieure à 10% de la valeur initiale du marché pour les marchés de fournitures et services OU à 15% de la valeur initiale du marché pour les marchés de travaux
3. Ces plafonds prennent en compte la valeur cumulée nette de l'ensemble des modifications successives. Il faut donc être particulièrement attentif si le marché a déjà fait l'objet d'une ou plusieurs modification(s) préalable(s).
4. Ces modifications n'emportent pas de modification de la nature globale du marché ou de l'accord-cadre

Pour rappel, la **valeur initiale du marché** correspond au montant de l'offre retenue.

- sur base d'évènements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur²⁰

¹⁸ Art. 38/4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

¹⁹ Art. 11 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

²⁰ Art. 38/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

Conditions à remplir :

1. La modification est rendue nécessaire par des circonstances que l'adjudicateur ne pouvait pas raisonnablement prévoir
2. Elle ne change pas la nature globale du marché
3. L'augmentation de prix qui en résulte ne dépasse pas 50% de la valeur initiale du marché (limitation applicable à chaque modification successive)
4. Si la modification concerne un marché dont la valeur estimée dépasse les seuils de la publicité européenne , une publication doit être faite ²¹ au JOUE et au Bulletin des adjudications

Un contact préalable avec l'adjudicataire quant aux modalités pratiques doit être privilégié et l'ensemble des échanges doivent être actés par écrit.

III. Exécution

1) Gestion des perturbations générées par la crise du Covid-19

a) Demandes de prolongation des délais d'exécution formulées par l'adjudicataire²²

L'adjudicataire peut invoquer des **circonstances imprévisibles** pour demander une prolongation des délais d'exécution ou, lorsqu'il subit un préjudice très important (au sens de la réglementation marché public²³), une autre forme de révision du marché ou la résiliation du marché.

Si le cahier des charges prévoit une clause de réexamen qui fixe les modalités de révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire par des circonstances quelconques auxquelles l'adjudicataire est resté étranger, il convient de l'appliquer.

Que le cahier des charges contienne, ou non, une clause de réexamen, l'adjudicataire doit démontrer que²⁴ :

1. La révision est devenue nécessaire à la suite de circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de son offre ;
2. qu'il ne pouvait éviter et ;
3. aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires

²¹ Art. 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

²² Art. 39/9, §4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

²³ Art. 39/9, §3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

²⁴ Art. 38/9, §2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

La menace du virus Covid-19 et la prise de mesures à son encontre par les autorités, notamment au regard de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant les mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19, peuvent être considérées comme constituant les circonstances visées par la disposition.

Rappelons toutefois que pour que cette demande soit recevable, l'adjudicataire doit veiller à respecter les **formalités** suivantes :

<p>1. Dénoncer les faits ou les circonstances sur lesquelles il se base, par écrit, dans les 30 jours calendriers de leur survenance ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance²⁵ ;</p>
<p>2. Faire connaître au pouvoir adjudicateur, de manière succincte, l'influence de ces faits, circonstances, ou d'un ordre écrit du pouvoir adjudicateur, sur le déroulement et le coût du marché et ce, dans le même délai que pour celui prévu pour dénoncer les faits ou circonstances (cf. point 1)²⁶.</p>
<p>3. Transmettre, par écrit, au pouvoir adjudicateur, une justification chiffrée de sa demande – 1° avant l'expiration des délais contractuels pour obtenir une prolongation des délais d'exécution ou la résiliation du marché ;²⁷ -2° au plus tard nonante jours (calendriers) à compter de la date de la notification à l'adjudicataire du procès-verbal de la réception provisoire du marché, pour obtenir une révision du marché autre que celle visée au 1° ou des dommages et intérêts ; -3° au plus tard nonante jours (calendriers) après l'expiration de la période de garantie, pour obtenir une révision du marché autre que celle visée au 1° ou des dommages et intérêts, lorsque ladite demande d'application de la clause de réexamen trouve son origine dans des faits ou circonstances survenus pendant la période de garantie</p>

Par conséquent, le pouvoir adjudicateur pourra réserver une suite favorable à ces demandes si elles remplissent les conditions prévues, qu'elles sont introduites dans le respect des formalités rappelées ci-dessus et si elles sont justifiées par exemple, par le contexte de la crise sanitaire actuelle.

Les pouvoirs adjudicateurs sont invités à discuter avec les adjudicataires, à évaluer leurs obligations réciproques, à conserver une **trace écrite** de leurs échanges et à **motiver formellement**, par écrit, en fait et en droit, toutes leurs décisions.

Pour calculer le délai de 30 jours calendriers qui est requis aux points 1 et 2 (cf. supra), rappelons que les mesures de confinement ont été prises le 18 mars dernier par conséquent, l'adjudicataire directement impacté par ces mesures devait dénoncer les faits et circonstances et faire connaître leur influence au pouvoir adjudicateur pour le 17 avril 2020. Notons toutefois qu'il est possible que les mesures sanitaires aient impacté l'adjudicataire postérieurement au 18 mars 2020 et que le délai de 30 jours ne soit dès lors pas encore échu. **Il appartient à l'adjudicataire de le démontrer.**

²⁵ Art. 38/14 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

²⁶ Art. 38/15 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

²⁷ Art. 38/16 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

b) Gestion des demandes de remise d'amende pour retard/pénalité :

Si des amendes pour retard et/ou des pénalités générales/spéciales ont été appliquées, l'adjudicataire peut introduire une demande de remise d'amende pour retard²⁸ ainsi qu'une demande de remise des pénalités générales/spéciales²⁹

L'adjudicataire obtient la remise d'amendes appliquées pour sanctionner un retard dans l'exécution, **totalemment ou partiellement**, lorsqu'il **prouve** que le retard est dû en tout ou en partie :

- Soit à un fait de l'adjudicataire ;
- Soit à des circonstances imprévisibles (telles que décrites au point III, 1.,a), survenues avant l'expiration des délais contractuels,

auxquels cas les amendes restituées sont, de plein droit, **productives d'intérêts** au taux prévu à l'article 69 RGE, à partir de la date à laquelle le paiement y afférent aurait dû intervenir³⁰.

L'adjudicataire obtient la **remise partielle des pénalités** lorsqu'il y a une disproportion entre le montant des pénalités appliquées et l'importance du défaut d'exécution.

Cette remise est subordonnée à la **condition** que l'adjudicataire ait tout mis tout en œuvre pour **remédier au défaut d'exécution dans les meilleurs délais**.

Sous peine de déchéance, toute demande de remise d'amendes et/ou de pénalités est introduite par écrit **au plus tard nonante jours calendriers à compter:**

1° du paiement unique ou du paiement déclaré fait pour solde, pour ce qui concerne les **marchés de travaux;**

2° du paiement de la facture sur laquelle les amendes ont été retenues, pour ce qui concerne les **marchés de fournitures et de services**

c) Décision du pouvoir adjudicateur de suspendre l'exécution du marché

Il est possible pour le pouvoir adjudicateur d'anticiper les problèmes liés au respect du délai d'exécution en ordonnant, par écrit, la suspension immédiate (ou dans un délai déterminé) de l'exécution du marché (avec prolongation correspondante des délais).

Si le cahier des charges contient une **clause de réexamen**, il s'agit de l'appliquer.³¹ Une prolongation du délai d'exécution du marché, à concurrence du retard occasionné par la

²⁸ Art. 50 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

²⁹ Art. 51 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

³⁰ Art. 50, §er, 1° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

³¹ Art. 38/12, §2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

suspension est alors possible, pour autant que les conditions prévues par la clause de réexamen soient rencontrées.

Lorsque les prestations sont suspendues sur la base d'une clause de réexamen, **l'adjudicataire est tenu de prendre, à ses frais, toutes les précautions nécessaires pour préserver les prestations déjà exécutées et les matériaux des dégradations** pouvant provenir de conditions météorologiques défavorables, de vol ou d'autres actes de malveillance³².

En l'absence de clause de réexamen, inscrite dans le cahier des charges, une prolongation du délai à concurrence du retard occasionné par la suspension est également possible.³³

En cas de suspension de l'exécution du marché, ordonnée par le pouvoir adjudicateur, l'adjudicataire pourra réclamer des dommages et intérêts moyennant le respect des **formalités** décrites ci-avant (cf. Point III.1.a) et des **conditions³⁴ cumulatives suivantes** :

Que la suspension dépasse au total un vingtième du délai d'exécution et au moins dix jours ouvrables ou quinze jours de calendrier, selon que les documents du marché renseignent le délai d'exécution en jours ouvrables ou en jours de calendrier ;
Que la suspension ne soit pas due à des conditions météorologiques défavorables ou à d'autres circonstances auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger et qui constituent néanmoins, aux yeux du pouvoir adjudicateur, et à sa discrétion, un obstacle pour continuer l'exécution du marché ;
Que la suspension ait lieu endéans le délai d'exécution du marché .

Quelle que soit la cause de la demande indemnitaires de l'adjudicataire, il est recommandé de lui demander au plus tôt le **détail de son préjudice** afin de trouver un **accord** (formalisé par écrit) en vue de l'indemniser, en insistant sur plusieurs éléments :

- **Seul le préjudice effectivement démontré** pourra être pris en compte (production de factures, des comptes de résultat, etc.), par opposition à l'application de formules forfaitaires et abstraites ;
- **Seul le préjudice direct** est pris en considération ;
- L'adjudicataire doit démontrer avoir pris des **mesures destinées à limiter son préjudice** (par exemple, mise en chômage technique d'une partie de son personnel).

d) Décision du pouvoir adjudicateur d'aménager les délais d'exécution

Il est conseillé de privilégier la discussion avec l'adjudicataire pour la gestion des délais et de leur impact financier mais d'acter tous les échanges par écrit, le cas échéant dans un procès-verbal ou un avenant, qui appréhende tant l'aménagement des délais que les coûts qui en résultent.

³² Art. 38/12, §2, al. 3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

³³ Art. 38/10, §4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

³⁴ Art. 38/12, §1er de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

Il appartient au pouvoir adjudicateur de définir la prolongation de délai accordée à l'adjudicataire, en tenant compte des particularités de chaque marché et notamment du délai nécessaire à la relance du marché.

Il est possible de modifier les délais d'exécution prévus initialement sur base, soit :

- De circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur³⁵ (cf. Point II.2.e) ;
- D'une modification « *de minimis* »³⁶ (cf. Point II.2.e) ;
- D'une modification non substantielle³⁷

Dans ce cas, les conditions cumulatives, suivantes doivent être réunies :

1.La modification ne rend pas le marché sensiblement différent par nature,
2.Elle n'introduit pas de conditions qui, si elles avaient été connues, auraient permis d'élargir la concurrence,
3.Elle ne modifie pas l'équilibre économique du marché en faveur de l'adjudicataire d'une manière non prévue,
4.Elle n'élargit pas considérablement le champ d'application du marché.

Pour les marchés lancés avant le 30 juin 2017, une modification similaire est également envisageable³⁸.

e) Sanctions que le pouvoir adjudicateur peut appliquer en cas de défaut/retard/manquement constatés dans le cadre de l'exécution du marché

- Application des amendes de retard : il est recommandé de ne pas appliquer les amendes de retard dès que le retard qu'elles sanctionnent est justifié par les mesures sanitaires imposées aux opérateurs économiques dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire³⁹ ;
- Application des pénalités (spéciales et générales)⁴⁰ : il est recommandé de ne pas appliquer les pénalités dès que le manquement/défaut d'exécution qu'elles sanctionnent est justifié par les mesures sanitaires imposées aux opérateurs économiques dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire ;

³⁵ Art. 38/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

³⁶ Art. 38/4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

³⁷ Art. 38/5 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

³⁸ Art. 55 et 89 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution (ancienne version)

³⁹ Art. 46, 86, 123 et 154 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

⁴⁰ Art. 45 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

- Autres sanctions : il est recommandé de ne pas appliquer les autres types de sanctions, telles que les mesures d'office⁴¹ (dont la résiliation unilatérale du marché) et l'exclusion⁴² dès que le manquement/défaut d'exécution qu'elles sanctionnent est justifié par les mesures sanitaires imposées aux opérateurs économiques dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire.

Toutefois, pour les marchés pour lesquels la **crise sanitaire actuelle n'a pas d'impact**, le pouvoir adjudicateur doit toujours veiller au respect de ses obligations par l'adjudicataire, dont le respect des délais et par conséquent, **appliquer les sanctions nécessaires**, le cas échéant (amendes pour retard, pénalités générales/spéciales, mesures d'office).

Plus particulièrement, le pouvoir adjudicateur devra être attentif à ce que l'adjudicataire ne puisse lui reprocher aucune carence ou lenteur.

- f) Si aucun aménagement des conditions du marché ne permet de poursuivre l'exécution, la résiliation amiable ou d'office peut être envisagée

Les parties décident, dans la mesure du possible, de commun accord de mettre un terme au marché. Les termes de cette résiliation sont à définir entre les parties et doivent être actés par écrit.

La force majeure peut également être invoquée pour prononcer la résiliation si la crise du Covid-19 rend d'ores et déjà impossible l'exécution du marché ou la rend à ce point compliquée qu'elle ne peut être envisagée même avec un report des prestations.

2) Poursuite des paiements

Il est recommandé à chaque pouvoir adjudicateur de tout mettre en œuvre pour assurer la vérification des déclarations de créance et le paiement des factures le plus rapidement possible et dans les délais réglementaires⁴³.

Il est également possible d'adapter la périodicité des paiements et pour cela, de prévoir des paiements, par acompte (au sens de la réglementation marché publics : « paiement d'une partie du marché après *service fait et accepté* »⁴⁴), pour des travaux partiels même si aucune facture intermédiaire n'était prévue initialement dans les documents du marché.

IV. Les concessions

Les mesures et recommandations précitées s'appliquent également, par analogie aux contrats de concession⁴⁵.

⁴¹ Art. 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

⁴² Art. 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

⁴³ Art. 95 (§§3-5), 127 et 160 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

⁴⁴ Art. 2, 19° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

⁴⁵ Loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et arrêté du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession

V. Marchés lancés avant le 30 juin 2017 en cours d'exécution

Les marchés lancés avant cette date n'étant plus que marginaux dans l'ensemble des marchés en cours et dépendant d'autres dispositions légales, les possibilités de modifications/adaptations ne sont pas détaillées dans la présente.

Il est toutefois conseillé de faire appel aux services juridique internes avant toutes modifications/adaptations de ces marchés.

De manière générale :

La situation doit être dans la mesure du possible gérée en concertation avec les opérateurs économiques, notamment quand il s'agira de relancer l'exécution des marchés une fois la situation normalisée.

Il importe également de veiller à la traçabilité des échanges : privilégier les échanges écrits, en ce compris par email, et confirmer par écrit les échanges verbaux.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur veillera à être attentif à ne pas prendre de mesure le mettant ultérieurement en difficulté en s'exposant, par exemple à des demandes d'indemnisation formulée par l'adjudicataire suite à des modifications de marché. Pour ce faire, lors de chaque modification pouvant impliquer une telle demande d'indemnisation, il veillera à formaliser par écrit qu'aucune demande de ce type ne pourra être formulée en lien avec la modification visée.